

Lições do Caso Africano para um Estado e Direito em Crise

Élida Santos
Setembro de 2006

1. Introdução

No diagnóstico da teoria política tradicional, a construção do Estado africano é uma falha. As variáveis usadas para traçar esse quadro são diversas: dificuldades geográficas, impossibilidade de arcar com os custos de manutenção do aparato institucional, fragmentação social, fracasso na garantia de direitos, entre outras.

Trata-se, contudo, de uma avaliação parcial cuja ferocidade crítica é vertida em uma única direção. Se o eixo de análise é invertido, o que se vê é que o modelo de Estado-nação transplantado para África está ameaçado, tanto externamente, quanto internamente, e as dimensões dessa crise são disfarçadas com a sustentação de uma ambição e crença no caráter progressista e universal desse molde de Estado, da modalidade de conhecimento por ele validada, a ciência, e de seu instrumento de controle social, o direito.

Este trabalho tenta fazer um jogo de espelhos e, a partir da imagem que a teoria política tradicional reflete do caso africano, procura detectar as fraquezas e limitações dos próprios conceitos políticos tradicionais para lidar com a realidade de sociedades cada vez mais plurais. Assim ocorre, por exemplo, com os conceitos de Estado-sociedade civil ou público-privado que servem para separar a ética de funcionamento do Estado das demandas da sociedade ou impedir que as liberdades conseguidas na esfera pública sejam estendidas a outros níveis. Esses conceitos têm sido cada vez mais questionados atualmente pelas reivindicações de redistribuição social e reconhecimento dos movimentos sociais.

Nesta atitude de repensar a aplicabilidade dos enunciados clássicos da teoria política, sugiro que a auto-reflexão propulsionada a partir do caso africano revela o massacre universalizante presente nos pressupostos de consolidação do Estado-nação moderno, demonstrando que muito do que poderia ter sido visto como peculiaridades descartáveis dos povos africanos hoje aparecem como indicações ou possibilidades de soluções para a crise do Estado.

Duas observações são necessárias. A África abordada nesse trabalho é tomada como um todo. A partir de autores que reconhecidamente trabalham a questão do Estado e direitos em África (Mahmood Mandani, Francis Deng, Martin Chanock, Anna-Maria Gentili, etc.) se tenta esboçar quais alternativas podem ser extraídas da experiência de consolidação do Estado-Nação nesse continente. Mesmo consciente da diversidade do contexto africano, África são muitas, esta apresenta-se como a mais adequada estratégia analítica ao que se pretende fazer aqui: contrapor os elementos básicos do conceito de Estado e direito em sua concepção marcadamente liberal a alternativas presentes no contexto africano. De outro modo, também se deve ressaltar que o exame que se faz das categorias políticas tem como ponto de partida o instrumental analítico do direito, nomeadamente, o que a academia jurídica costuma nomear teoria do estado, ressaltando o modo e a articulação de funcionamento das instituições, os mecanismos de implementação do direito, etc.

2. Direito e Ciência: Crise de uma Ambição Universalista

Ubi societas, ibi jus

(Onde está a sociedade, está o direito)

Ulpiano

Nature and Nature's laws lay hid in night,

God said: "Let Newton be!", and all was light

(A natureza e as leis estavam escondidas na noite,

Deus disse: "Faça-se Newton!", e tudo ficou luminoso)

Alexander Pope

As duas frases citadas acima demonstram como a ciência e o direito tal como concebidos hoje estão impregnados da mais peremptória crença inerente à modernidade ocidental: a afirmação de suas convicções como verdades universais. Nesta passada, o direito moderno é apresentado como única forma de regulação das sociedades e a ciência como a verdadeira forma de conhecimento, ambos dotados de uma razão salvadora, encarregada de dar ordem ao caos, constituindo sociedades que pudessem ser conduzidas para fora das sombras, para o progresso.

Na narrativa da modernidade ocidental, a empatia entre ciência e direito não é nenhuma novidade. Ambos voltados para a observação e enunciação de regularidades que permitissem controlar a natureza e o comportamento humano através de leis gerais. Daí por exemplo, a noção de lei presente em Montesquieu não fazer muito bem a distinção entre o que pode ser enunciado pelas ciências humanas, naturais ou jurídicas:

As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis (Montesquieu, 2000: 11).

Tanto o direito como a ciência traziam em si grandes expectativas da modernidade. A ciência, ao separar-se do senso comum, o que Santos denominou primeira ruptura epistemológica (Santos, 1989), corrobora uma fase de valorização da razão e crença nos avanços que poderiam ser trazidos. O direito, no mesmo sentido, com a superação da descentralização político-administrativa e pluralismo jurídico típicos do período feudal e os ideais das revoluções liberais encerra em si o encargo de ser o principal veículo de transformação social. Vale ressaltar que esses paradigmas são construídos dentro de um modelo de Estado-nação governado pela força e idealizado como culturalmente homogêneo. Do mesmo modo, essas

promessas encerram-se em dicotomias muito caras ao pensamento moderno como a separação sociedade-natureza, estado-sociedade civil, oficial-não oficial, e moderno-tradicional.

Ainda de acordo com Santos, os laços entre ciência e direito fortalecem-se nos descaminhos da modernidade, esta, que se inicia com grandes promessas, conjuga-se com o desenvolvimento do capitalismo e não só fracassa nas pretensões anunciadas como também afunila seu projeto de modo a que todas as expectativas levantadas se reduzissem ao que foi realizado.¹ Na administração deficits e excessos da modernidade, ciência e direito conjugam força para demonstrar que a única transformação e progressos modernos possíveis são os oficiais, realizados em detrimento da natureza e na relação tensa entre estado e sociedade civil, tendo como base de ação o Estado-nação.

Atualmente, o que se vê é a crise desse modelo de Estado consolidado no século XIX seja por fatores externos, seja por ação interna. Enquanto externamente esse Estado tem que lidar com as influências das corporações capitalistas globais, internamente, tem que administrar a fragmentação do seu corpo político provocada pelas demandas de reconhecimento dos grupos identitários.

A crise do modelo de Estado-nação, na verdade, revela que a ação hegemónica da ciência e do direito tem servido para ocultar a reprodução de outros conhecimentos válidos e outras esferas de poder que são taxados como não oficiais ou tradicionais e, por isso, ignorados. Essa ação que alguns autores vão chamar juricídio e epistemicídio, para além de explicar porque ciência e direito tem ocupado um lugar central por tanto tempo sem grandes críticas, serve também para encobrir outras formas de manutenção do despotismo e o grau de desigualdade, exclusão e devastação presentes nas atividades oficiais, modernas, estatais e científicas.

Ultimamente, movimentos intelectuais e a atuação de políticas de identidades têm contribuído para criticar a suposta centralidade neutra das ciências e do direito nas sociedades ocidentais.

No campo da ciência, os estudos sociais e culturais e as epistemologias feministas vieram questionar a “neutralidade” da ciência demonstrando como a investigação depende de escolhas particulares sobre temas, problemas, modelos teóricos, metodologias e linguagem. Evidenciaram ainda a estreita relação da atividade do cientista com o contexto institucional no qual está inserido (os pares, o Estado, as entidades financiadoras) (Santos *et al.*, 2004: 31-49).

Por outro lado, o aparecimento de uma epistemologia pós-colonial serviu para desvendar o caráter etnocêntrico da ciência, assentada em convenções particulares, técnicas e demarcação de valores próprios. Do mesmo modo, novas informações foram trazidas para o debate com comparações interculturais entre a ciência ocidental e os sistemas de conhecimento indígenas, por exemplo. Esses movimentos serviram para desmontar as supostas unidade, generalidade e exclusividade do conhecimento científico, mostrando uma pluralidade subjacente ao próprio ethos da ciência e para além dele.

Como já foi dito, o direito em sua versão moderna converte-se em principal instrumento da transformação social legitimada e, nesse ínterim, através do movimento das codificações, cientificiza-se e submete-se ao monopólio do Estado. A submissão ao monismo estatal se significou exclusividade, também retirou-lhe a autonomia e despolitizou-o. De tal forma que as principais críticas e desafios que aparecem ao direito são os questionamentos colocados à capacidade do Estado de promover a inclusão e o reconhecimento.

Nesse sentido, as demandas de identidade constituem atualmente um dos principais desafios do direito. Ora, como instrumento do Estado, o direito também tem seu espaço na reprodução e acomodação das identidades, sobretudo, na

regulação de conflitos ou distribuição de poderes entre grupos que ocupam posições muito distintas. Daí a crescente importância de movimentos políticos de reconhecimento (etnicidade, identidade cultural, uso linguístico, orientação sexual) na doutrina crítica do direito. Atualmente, a resposta liberal de imparcialidade das leis e das decisões judiciais já não é satisfatória, de tal modo, que as correntes de estudos legais críticos têm vindo demonstrar que a defesa de uma suposta neutralidade do direito só têm agido como mecanismo de marginalização.

De maneira geral, a corrente teórica denominada “*Critical Legal Studies*” vem questionando o direito em três frentes: (1) como instrumento de dominação de classe; (2) como instrumento de poder; (3) como dominação exercida pelo hermetismo do conhecimento. No primeiro caso, trata-se de uma crítica muito vinculada à teoria marxista, vê-se o direito como parte da super-estrutura do Estado e, portanto, ao serviço das classes dominantes. No segundo momento, ligado ao estruturalismo, alerta-se também para o conteúdo de poder presente nas leis e o importante papel que desempenham na conformação da identidade de cada um servindo estrategicamente à dominação e como fonte de disciplina. A terceira crítica é uma contestação interna, nesse caso, vê-se a escola e o ensino de direito como veículos de dominação, abrindo espaço para um caminho de contestação fundado em uma pedagogia legal (Tie, 1999: 59-93).

É, contudo, no debate teórico sobre o pluralismo jurídico que as fundações do direito ocidental são mais fortemente abaladas, sobretudo, a crença em um critério universal de controle social. De maneira geral, a questão do pluralismo jurídico remonta ao século XIX, nesse momento, despontam a figura de juristas como Savigny e Erlich, opositores às tendências de centralização do poder do Estado e ao movimento de codificações.

Nas primeiras décadas século XX, dada a existência inquestionável do Estado, o estudo do pluralismo jurídico coube a antropologia jurídica na análise das

formas de regulação das sociedades primitivas, enquanto a sociologia concentrava-se no estudo das sociedades industriais. Na década de 70, a extensão dos estudos antropológicos também às sociedades industriais trouxe a grande questão sobre a qual o estudo do pluralismo passou a se dedicar: qual conceito de direito deve ser considerado para se afirmar que em uma dada sociedade há uma pluralidade de ordens jurídicas?

Enquanto a antropologia do direito esteve concentrada nas sociedades primitivas, a questão não se colocava pois, até então, não havia grandes problemas teóricos em individualizar o direito “tradicional” do direito “moderno”. A análise das sociedades industriais, entretanto, ao centrar-se em um único espaço aparentemente homogêneo, complexifica esta análise. Por essa razão, Santos refere a maior complexidade em trabalhar o pluralismo jurídico nos países ex-colônias após as independências, isso porque deixa de ser clara a cisão entre o direito do nativo e o direito dos cidadãos que era feita pelo colonizador (Santos, 1979).

Para os fins desse trabalho, a importância dessa questão está em revelar os termos etnocêntricos de investigação da antropologia jurídica na análise das “sociedades primitivas”, já que de maneira geral julgava-se como direito aquilo que as sociedades ocidentais consideravam como tal. Esta é a essência do debate que a antropologia jurídica conhece como debate Gluckman-Bohannan, dois antropólogos que divergiam quanto aos critérios a ser utilizado para nomear como direito o controle social presente nas sociedades não-ocidentais. Basicamente, a controvérsia gerava em torno de saber se é legítimo ou não transpor para outras sociedades e culturas conceitos de origem e aplicação apenas na sociedade à qual pertence o antropólogo. Gluckman defendia a legitimidade de tal prática, Bohannan, a ilegitimidade (Santos, 1979: 64-72).²

O debate sobre o conceito de direito tem importância ao se considerar o perigo de uma trivialização sobre o que é jurídico, de tal modo que, qualquer tipo de

controle social possa assim ser considerado. Deve-se atentar que a individualização de um conceito de direito permite enxergar melhor os espaços de reprodução do poder e do despotismo existentes na sociedade o que direciona necessariamente à caracterização de situações de pluralismo jurídico. É o desvendamento das situações de pluralismo jurídico que conduz à relatividade da hegemonia do direito estatal e, ao mesmo tempo, a crise de sua regulação, cada vez mais gritante dada a complexidade das sociedades contemporâneas. Nesse sentido, alguns autores têm defendido a existência de uma policentricidade jurídica.

A policentricidade revela-se em duas dimensões: (a) no contexto mundial; (b) no contexto da cultura jurídica. No contexto mundial, considerando a proeminência de quatro grandes civilizações: ocidental, chinesa, indiana, japonesa e africana é de fácil constatação que o direito é a principal forma de regulação social apenas da sociedade ocidental, resultado de uma dialética histórica vivida apenas por esta civilização: superação do feudalismo, construção do Estado-nação e a afirmação de princípios liberais através de revoluções.

De acordo com Prakash Sinha (1995: 31-70), em outros modelos de civilização a legalidade é repudiada, sendo preferível a conciliação e o apelo à consciência em vez do recurso ao direito ou aos tribunais. Assim, por exemplo, a civilização indiana guia-se pelo *Dharma* como princípio da vida que assegura e sustenta a ordem e propõe-se a fazer o homem consciente de sua própria atividade. Na civilização africana, é possível identificar variados princípios retores da vida de suas comunidades que não inclui o direito. É um exemplo a cultura do *Tallensi* em que os problemas são resolvidos pelo líder do clã. O mundo espiritual tem uma influência sobre o mundo material e rituais e festivais são realizados para harmonizar a sociedade.

No contexto da cultura jurídica, a inferência lógica é que há uma pluralidade axiológica dentro dos sistemas legais de tal modo que se é naturalmente

conduzido a um contexto de policentricidade jurídica. A ideia é que o direito pode ter vários pontos de partida e várias estações de chegada, cada qual com uma legalidade própria, produzindo um pluralismo moral e resultando nele.

Nesse sentido, há de se rejeitar a ideia de que a diversidade axiológica pode ser subsumida a um valor único universal. Essa é outra crença cara à sociedade ocidental, muito presente nas lições de filosofia moral. Os grandes autores da filosofia moral, de maneira geral, acabam por defender a possibilidade de se alcançar uma única e verdadeira noção de bem, é o que acontece por exemplo com Platão em que Sócrates defende a virtude do conhecimento como um todo ou na crença kantiana em um imperativo categórico através do qual um homem deve agir de forma que a máxima de sua vontade possa valer sempre.

Ao se ter em mente a natural existência de uma policentricidade jurídica vê-se como é arbitrária a presunção de ver na regulação pelo direito ocidental a realização de um estágio social último para a humanidade, o que também demonstra um erro na concepção de uma agenda única que aspire a converter o mundo todo em um ethos jurídico, o que se têm visto no movimento de universalização dos direitos humanos.

As vantagens dessa empreitada são ainda mais duvidosas quando se vê que, ao fim e ao cabo, ciência e direito, como vetores de regulação e progresso, não foram tão eficazes em evitar o mal-estar da civilização ocidental. O direito, por exemplo, não deu conta de impedir a escalada do despotismo na primeira metade do século XX (nunca é demais lembrar que Hitler chegou ao poder democraticamente). Quanto à ciência, é muito elucidativa a afirmação de Santos:

Por um lado, as potencialidades de tradução tecnológica dos conhecimentos acumulados fazem-nos crer no limiar de uma sociedade de comunicação e interactiva libertada das carências e inseguranças que ainda hoje compõem os dias de muitos de nós: o século XXI a começar antes de começar. Por outro lado, uma

reflexão cada vez mais aprofundada sobre os limites do rigor científico combinada com os perigos cada vez mais verosímeis da catástrofe ecológica ou da guerra nuclear fazem-nos temer que o século XXI termine antes de começar (Santos, 2003: 6).

A ideia de universalização dos direitos humanos está associada às pretensões de um constitucionalismo global que defende a junção multipartidarismo, democracia, direitos humanos e separação de poderes como fórmula mágica da boa governança. Essa fórmula foi corroborada com o transplante do modelo de estados europeus para os países colonizados e, atualmente, a necessidade de reconhecimento internacional leva os novos estados a sucumbirem a esse modelo. Como se verá, os ideais do constitucionalismo, na prática, realizam um universalismo da igualdade que resulta em desigualdade e exclusão (Santos, 1999).

3. O Constitucionalismo: Igualdade Universal como Máscara da Desigualdade e da Exclusão

Desde o impulso do movimento constitucionalista, o conceito de Constituição vincula-se à separação de poderes e garantia de direitos. A comprovação desta afirmativa pode ser vista na disposição do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade em que não estiver assegurada a garantia de direitos, nem determinada a separação de poderes, não tem Constituição”.

De fato, o movimento constitucionalista nasce em meados do século XVII e, ao contrapor-se à concentração de poder nas mãos do monarca absolutista, faz a teoria política preocupar-se com a imposição de limites e controle do poder de um Estado que passa a se impor como ente despersonalizado ante a sociedade civil (Blanco Valdés, 1998: 69-86).

A idéia era dotar uma forma política de estabilidade e duração garantindo a liberdade dos indivíduos contra a concentração de poderes presente no absolutismo monárquico. Nesse sentido, o abuso de poder seria contido, repartindo-o, impedindo que o poder usurpe o poder e, assim, garantindo direitos aos cidadãos.

Desse modo, o constitucionalismo é uma teoria política normativa que visa organizar o Estado para fins garantísticos (Canotilho, 2005). É resultado de um processo histórico europeu de afirmação da burguesia e busca de direitos de liberdade para esta classe. Nesse sentido, a afirmação de direitos e a organização do poder político em uma carta normativa que tem o condão de limitar a autoridade do soberano é decorrente da transição do feudalismo para o capitalismo e da emergência do indivíduo, durante o período medieval sujeito a variadas formas de sujeição social, à condição de pessoa juridicamente livre. Esse movimento também conduziu ao desenvolvimento de um espaço social privado de relações contratuais entre pessoas juridicamente livres contraposto ao Estado, a sociedade civil.

Através dos ideários da revolução americana, o uso que se pode fazer dos direitos individuais e da organização constitucional do Estado é inteiramente distinto. Neste contexto, a separação social do poder diferenciava-se da existente na Europa,³ a sociedade americana era relativamente homogênea: comerciantes, profissionais liberais e proprietários de terra, assim, a organização de poder e garantia de direitos de uma Constituição, nessa realidade, tinha que buscar conciliar a noção de limitação do poder e governo popular,⁴ buscando equilibrar as relações entre maioria e minoria.

Nesse sentido, embora o constitucionalismo possa ser considerado uma invenção do século XVII, com base teórica iluminista e cujo reforço ideológico se deu com as revoluções francesa e americana, não se trata de um movimento homogêneo ou com conteúdo fixo e imutável, representando, na verdade, o predomínio da concepção ideológico burguesa em diferentes contextos. Como se viu, na Europa, o

propósito inicial do movimento constitucionalista era a limitação da autoridade soberana do monarca enquanto na América aparece com arranjos que conduzem à limitação da soberania popular (Mandani, 1999: 359).

O que se deve ter em mente, na verdade, é que o movimento constitucionalista, se traz em si grandes promessas da modernidade (igualdade, liberdade, fraternidade), o projeto de Estado-nação no qual se assenta não dá conta de realizá-las e, ao mesmo tempo, cuida de manter as promessas em uma perspectiva formal para disfarçar o fracasso do empreendimento. Assim, o que ocorre é a sustentação de um universalismo da igualdade que, na prática, naturaliza as diferenças e impede que se veja a desigualdade em seu entorno.

Na fórmula geral: “todos” os “homens” são iguais em direitos, a universalidade do “todos” mascara que a igualdade só opera entre homens, brancos, heterossexuais e vistos como culturalmente homogêneos. Não à toa, estão nos estudos feministas e pós-coloniais as grandes críticas feitas ao conceito de poder hegemónico como restrito à categoria de pessoas que os detém e, portanto, potenciador de desigualdade. Também não é por acaso que as demandas que questionam o conceito de direito referem-se a políticas de identidades, leia-se aqueles que foram mantidos embaixo ou de fora das promessas da modernidade.

Na América Latina, o processo de independência seguido da implantação do constitucionalismo liberal do século XIX contribuiu para o que nas palavras de Quijano (2005) é o nó histórico da América Latina: o desencontro entre nação, identidade e democracia, isso porque a construção das nações latino americanas constituíram seu povo através da fórmula genérica “cidadão” e, por trás, desse tratamento supostamente igualitário “todos os cidadãos” ficaram excluídos os indígenas, os negros e as mulheres. Daí que, na atualidade, o Estado-nação latino-americano vê suas estruturas abaladas nas demandas de identidade dos movimentos indígenas e suas reivindicações de plurinacionalidade e diálogo intercultural.

Uma reflexão crítica dos enunciados do constitucionalismo permite que se veja o uso do direito dentro de uma racionalidade metonímica que se refere ao todo ocultando as partes e, assim, naturaliza as hierarquias e as classificações sociais mantendo a expectativa genérica de igualdade. É na possibilidade de enunciar os direitos em uma fórmula geral e apenas em perspectiva formal que a ciência do direito colabora para a manutenção da lógica de classificação presente na sociedade e contribui para que ela permaneça inquestionada (Santos, 2002b: 241-2).

A partir do século XIX, o uso do direito como mecanismo de regulação instrumentalizado pela expansão do capitalismo na modernidade conduziu à importação mecânica desse ideário de organização política do Estado baseado em separação de poderes e declaração de direitos, inicialmente, civis e políticos, posteriormente, económicos, sociais e culturais. Subjacente a essa expansão do constitucionalismo está a crença na universalidade dos direitos humanos e dos mecanismos de democracia representativa como ideais para o consenso, pacificação e progresso de uma sociedade.

O universalismo dos direitos humanos aparece como resposta a uma busca universal por garantia de uma dignidade humana. Mas, na prática, representa um esforço explícito de declarar a universalidade nos instrumentos de proteção de direitos humanos nos quais a concepção ocidental deteve papel principal de elaboração e promulgação.⁵ No mesmo sentido, resulta do fato de que organizações internacionais de nível global dão-lhes valor universal ao adotá-los como padrão para suas intervenções (Deng, 2004: 499-500).

Considerando que, como já se disse, muito da concepção de direitos humanos e limitação ao poder político resulta de uma invenção dos filósofos iluministas do século XVII e um produto ideológico das revoluções francesa e americana, a transposição dos modelos de Constituição para outros contextos indagam necessariamente se não está havendo uma transferência irrefletida de uma

concepção ideológica burguesa ocidental sem que tenha havido lugar o processo de forças, disputas e relações sociais que conduziram o movimento constitucionalista na Europa e na América do Norte. Como adverte Mahmood Mandani: “Without the experience sickness, there can be no idea of health” (Mandani, 1999: 359).

4. O Constitucionalismo em África

Em África, a imposição do direito de tradição europeia (*civil law* e *common law*) é uma decorrência do processo de colonização do continente. A principal função do Estado colonial era a manutenção da lei e da ordem para facilitar a exploração de recursos e, nesse sentido, o colonizador utilizava instrumentos jurídicos próprios para ordenar e submeter a população local.

Seguindo a pista de Jeffrey Herbst a construção de um estado em África pelos europeus dependia da concretização de algumas variáveis que permitissem a consolidação do poder à distância: (a) arcar com os custos de extensão do poder; (b) estabelecimento de fronteiras; (c) fundação de um sistema estatal, o que explica a constituição efetiva do Estado em África a partir da divisão arbitrária do continente feita na conferência de Berlim. No mesmo sentido, os custos de manutenção de poder à distância e as dificuldades de penetração e legitimidade no continente é o que contribui para a criação de um sistema de governo indireto com a distribuição de poder entre as autoridades tradicionais como forma de assegurar o controle administrativo (Herbst, 1992: 35-58).

Nesse momento, além da atividade administrativa, o direito também é instrumentalizado para gerar a discriminação e inferiorização dos colonizados, nomeadamente, com a promulgação de estatutos que distribuíam direitos e estabeleciam restrições segundo critério de classificação étnicos e raciais, o que se

dá nomeadamente com criações como o estatuto do indigenato e categorias jurídicas como a do assimilado.

Em instrumentos e categorias jurídicas como o assimilado ou o estatuto do indigenato tem-se um bom exemplo da união de forças entre ciência e direito a serviço da dominação do outro e sua exclusão. Isso porque, teorias científicas, nomeadamente teorias racialistas, vão colaborar para a criação do selvagem como inferior, desprovido de saber e cultura, os quais a intervenção europeia poderia conduzir a um estágio superior do desenvolvimento humano. Essa crença, como se disse, cientificamente fundada em teorias raciais, será juridicamente sustentada com a criação de estatutos de direitos distintos para os civilizados e os indígenas, estes não incluídos na categoria de cidadãos. Funda-se nesse caso um universalismo da diferença que gera a exclusão do outro e sua objetificação, encarcerando-o nas categorias natureza, tradição e selvagem (Santos *et al*, 2004: 25).

Após as independências, se por um lado ocorre a ampliação do lastro de proteção estatal para tentar incluir aqueles outrora segregados; de outro modo manteve - se a adoção do sistema legal anterior, aproveitando-se também a estrutura administrativa já existente. Essa continuidade pode ser explicada por duas razões. Durante o período de intervenção colonial, os africanos foram forçados a conviver e lidar com um sistema legal particular, de tal modo que, com a independência, a experiência de um sistema legal nacional existente era o desenhado pela imposição da metrópole. Assim, aqueles habituados a operar com o direito estavam habituados ao direito do poder metropolitano (Joireman, 2001: 576 - 577).

Nessa mesma direção, as elites dentro do país tornaram-se adeptas à negociação nos moldes do direito do colonizador estando, portanto, interessadas em sua manutenção. As elites africanas tornaram-se peritas em trabalhar dentro de cada sistema legal, particularmente durante a luta pela independência. Daí ser esperado

que os líderes africanos optassem pela manutenção de um governo dentro de um sistema ao qual já estavam familiarizados em vez de preferirem construir algo inteiramente novo.

Paralelamente aos processos de independência, desenvolve-se ofensiva em torno dos direitos humanos para o continente. Nesse sentido, a partir da independência do Sudão em 1956, cada vez mais países declaravam-se independentes, ganhando assento na Organização das Nações Unidas e assim submetendo-se aos acordos e tratados daquele organismo internacional, o que inclui normas como a Declaração Universal de Direitos do Homem, o Tratado de Direitos Civis e Políticos e o Tratado de Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

A ascensão de uma política de direitos humanos para o continente africano pode ser explicada por uma confluência de interesses locais e globais. Globalmente, o discurso sobre direitos humanos aparece como uma iniciativa ideológica e política com um forte pendor americano. No contexto de rivalidade entre as superpotências, a defesa de uma política de direitos humanos oferecia argumentos de ataque à política soviética que fortalecia direitos económicos e sociais em um ambiente de repressão aos direitos civis e políticos.

De outro modo, a adesão à ofensiva dos direitos humanos também representou uma alternativa política e ideológica para as lideranças locais, isso porque, ideologicamente, a adoção de um discurso em prol dos direitos humanos permite realizar mudanças na distribuição de recursos do poder sem transferir o poder da minoria para a maioria, daí que, politicamente, aderir a política de direitos humanos poderia possibilitar a alguns países efetivar uma transição democrática sem alterar as estruturas existentes de poder e privilégio (Mandani, 1999: 361 - 362).

Assim, desde o fim do colonialismo europeu até a atualidade o continente africano tem sido palco de crescentes mudanças constitucionais. Em 1989, havia somente 15 países africanos que podiam ser descritos como democracia, mas hoje

mais da metade dos países em África tem adotado sistemas democráticos de governo. Não se pode olvidar que esse processo está apoiado em fatores internos: a legitimação nacional dos novos países foi construída a partir de promessas de libertação, democracia e desenvolvimento; e fatores externos: o reconhecimento internacional dos novos estados estava vinculado à aceitação das fronteiras territoriais e da ideologia de modernização vinda com o colonialismo. É o que diz Anna-Maria Gentili:

The African nation-states were legitimized internationally not only by the acceptance of the territorial structure inherited from colonialism but, more relevantly, by the model and ideology of modernizations that went with it (Gentili, 2005: 42).

Essa opção por sistema democrático significa a escolha de modelos de Constituição que adotam uma declaração universal de direitos humanos e um sistema de governo baseado em democracia representativa, multipartidarismo e repartição de poderes, é o que se pretende demonstrar a seguir com a análise da atual constituição da África do Sul.

5.As Constituições

As declarações de direitos

No campo dos direitos civis e políticos, a Constituição sul-africana não distoa muito do Tratado da Organização da Nações Unidas sobre o tema, abordando: direito à igualdade, dignidade humana, vida, liberdade e segurança da pessoa, escravidão, servidão e trabalho forçado, privacidade, direito à jurisdição, entre outros.

Na declaração de direitos económicos e sociais, há, como no Pacto Internacional, a proteção da educação, saúde e segurança alimentar, destacando-se, no texto, o papel do Estado em assegurar esses direitos.

Sistema de governo

A Constituição declara o caráter democrático da república Sul-Africana sustentada em uma democracia multipartidária com voto universal e eleições periódicas.

Conforme o primeiro artigo:

1. The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:
 - a. Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.
 - b. Non-racialism and non-sexism.
 - c. Supremacy of the constitution and the rule of law.
 - d. Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.

Além disso, a engenharia constitucional prevê a separação de poderes sustentada, a nível nacional, em três órgãos: Presidente, Assembleia Nacional e autoridade judicial.

Deve-se ressaltar a existência de dispositivos constitucionais de proteção à pluralidade. Nesse sentido, na Constituição sul-africana destacam-se: proteção da diversidade linguística e cultural e o reconhecimento das autoridades tradicionais.

Como se vê, no campo da declaração de direitos e sistema de governo a Constituição sul-africana não difere muito das disposições constitucionais da maioria dos países que se declaram democráticos. A questão que fica por responder é: o fato

de existir um possível modelo hegemónico de declaração de direitos e sistema de governo adotado em constituições de regimes que se nomeiam democráticos é suficiente para afirmar a universalidade da concepção ocidental de direitos humanos? Considerando a crise do direito como modelo de regulação e o seu carácter estritamente ocidental, estaria na universalização dos direitos humanos em sua concepção ocidental o estágio mais avançado de desenvolvimento da garantia de direitos?

Nunca é demais lembrar que a propaganda ocidental apresenta os direitos humanos como resultantes de um natural caminho de progresso e evolução históricos, quando, na verdade, trata-se, não de uma evolução cultural, mas de um processo contextualizado de lutas e rupturas com o passado que só foi vivenciado em terreno ocidental (Chanock, 2000: 15-17). As sociedades africanas não vivenciaram o desenvolvimento doméstico desses direitos, nem em sua formulação inicial, tampouco em nível internacional. Quando estes direitos foram desenvolvidos na Europa Ocidental e América do Norte, os países em África não eram organizados como estados-nação com ordem constitucional e instituições relacionadas (An-Na'im, 2002:9).

Nesse trabalho, avanço com a hipótese de que a crescente tendência ocidental de afirmação dos direitos humanos (marcadamente liberais) e a pressão internacional para seu reconhecimento por outros países, na verdade, serve para ocultar práticas que poderiam oferecer outra resposta e adequação para a garantia de direitos. Esse é o caso ao se atentar para as tradições comunitárias de direitos de grupo e a natureza dialógica da construção do consenso nas sociedades africanas. De outro modo, deve-se também ter atenção para o contexto de aplicação dos direitos humanos em África e a articulação que tem sido necessária entre o local, nacional e o global.

6. Direitos Humanos e Democracia: Alternativas

Direitos de grupo e comunitarismo

A tradição ocidental que está na base do que se consideram direitos universais, por um lado, dá ênfase ao caráter individual dos direitos e, por outro, requer centralismo e atuação do Estado para a garantia de algumas prerrogativas. A ideia subjacente aqui é a da separação entre Estado e sociedade civil, assim, alguns direitos são afirmações do indivíduo contra o Estado: liberdades negativas (direitos civis e políticos). De outro modo, há também a compreensão do Estado como organismo central de promoção do bem comum encarregado, portanto, de assegurar alguns direitos; é o campo das liberdades positivas que podem ser exigidas do Estado, direitos económicos, sociais e culturais.

No caso africano, as relações comunais ganham mais importância, a família desenvolve um papel vital na sociedade, não só a família, o clã, a linhagem, como também alguns princípios que gerem a família podem ser estendidos a uma comunidade mais ampla. Nesse sentido, em África, o grupo familiar desempenha uma importante função na proteção de direitos, sejam eles, direitos civis (nenhuma família ou grupo baseado em valores familiares permitiria que um seu membro fossem torturados ou submetido a tratamento desumano com impunidade), sejam eles sociais ou económicos pois há uma solidariedade de grupo que permite um suporte cooperativo na esfera económica e social (Deng, 2004: 501-502).

Entretanto, é uma herança do direito colonial a ausência de discussão em torno de direitos de grupo na África, isso porque, de um lado, a ideologia e tradição ocidentais inspiradas na tradição secular e iluminista tendeu a deslegitimar as tendências ideológicas e culturais dos africanos por entendê-las como representativas de uma visão particularista e atrasada, isto é, tribalismos ou fundamentalismos. Por outro lado, a prática estatutória colonial foi a de definir grupos em África ou racial ou etnicamente com o objetivo de dividir a maioria entre uma variedade de minorias

definidas estatutariamente para, assim, facilitar o controle e o exercício do poder (Mandani, 1999:372).

Nesse sentido, Masolo chama a atenção para a existência de um comunitarismo nas sociedades africanas como ética de cada dia que pode ser fundado em muitos idiomas locais entre as comunidades africanas. Esse comunitarismo explica-se como uma ética presente na vida social que estimula princípios retores tais como a ideia de que “um homem pode decidir passar a noite com fome para que outro possa comer”. Essa prática cotidiana precede o comunitarismo africano como filosofia moral, cujo início teórico remete a luta emancipatória da independência contra o colonialismo e mesmo a filosofia moral comunitária cujo surgimento é recente e esparso no ocidente, opondo-se ao individualismo liberal (Masolo, 2004: 483-497).

Democracia, multipartidarismo e consenso

A engenharia constitucional ocidental assentada nos princípios de democracia representativa prevê um conjunto de instituições que, associadas à existência de eleições periódicas, podem assegurar a equanimidade da ação política. Assim, constrói-se uma separação de poderes independentes e dotados de competências para controlar uns aos outros, o que a doutrina constitucional norte-americana denominou *check and balances*. No mesmo sentido, o sistema político é baseado em representação e a garantia de representação das minorias está na periodicidade do pleito eleitoral e no sistema de múltiplos partidos. Nessa engenharia constitucional, o consenso, via de regra, é obtido através da regra de maioria.

Vale ressaltar que esse modelo é construído dentro das dicotomias público-privado, Estado-sociedade civil. De tal modo que assegura a despolitização de outros campos da vida social considerados privados, como por exemplo, os espaços da

família e do trabalho e, ao mesmo tempo, faz uma cisão entre a moralidade privada e a moralidade pública, salvaguardando, assim, ações do Estado passíveis de críticas.

Um bom exemplo de segregação que esse sistema pode gerar está no papel destinado a mulher, segregada ao espaço doméstico ou ao espaço do trabalho (em profissões subalternas) suas ações ficam desprovidas de impacto político, já que estão ligadas ao espaço privado e a maioria que está no poder, espaço público, é masculina.

Teorias democráticas mais recentes têm apontado para a importância do diálogo na manutenção dos sistemas democráticos, de forma a ampliar a inclusão do outro. A ideia de consenso dialógico está presente, por exemplo, na obra de autores como Habermas.

Wamala, ao analisar as raízes epistemológicas do consenso na tradicional sociedade de Ganda, afirma uma dedicação ao consenso firmemente enraizada e sustentada na firme crença epistemológica de que o conhecimento é, ao fim e ao cabo, dialógico ou social e na crença ética na responsabilidade coletiva de todos para o bem estar da comunidade (Wamala, 2004: 435-440).

É importante ter a cautela de não analisar os costumes das sociedades tradicionais africanas como congelados no tempo e no espaço. A existência de uma prática social pré-existente voltada ao consenso dialógico em algumas sociedades não significa que nas sociedades atuais essa tendência se reproduza. A intervenção colonial cooptou os costumes e autoridades tradicionais africanas, alterando-os para seus fins administrativos. Nesse sentido, Chanock atenta para a necessidade de reforma da lei de direito de família com o objetivo de retirar a influência colonial que propiciou a formulação de um direito de família machista, ocultando, por exemplo, a influência dos costumes de muitas sociedades que eram matrilineares (Chanock, 1989: 72-88).

A democracia como objetivo do Estado ainda que persista como princípio, quando contextualizada no caso africano e deparada com a crise interna dos estados-nação, dá sinais de que a prática democrática não pode estar ligada a uma concepção restrita dos procedimentos a ser utilizados. Dado o contexto de diversidade étnica, há a necessidade de que normativamente a democracia africana seja pensada acomodando as diferenças e com uma especial responsabilidade para a proteção das minorias.

Nesse sentido, a construção da democracia em África pode trazer boas recomendações sobre a realização desse ideal dentro das clivagens cada vez mais presentes no dia-a-dia dos estados contemporâneos. Deve-se considerar, por exemplo, a necessidade de que a engenharia constitucional reflita sobre mecanismos mais eficazes de descentralização do poder a nível local e assegure a representação daqueles que de todo modo estariam excluídos do processo eleitoral (Mandani, 1999: 502-503).

Direitos humanos universais *versus* direitos costumeiros

Para além de o processo de consagração dos direitos humanos ter sido uma exclusividade doméstica ocidental, depois, imposta internacionalmente. A implantação de direitos humanos “universais” em África encontra um segundo desafio: algumas normas de direitos humanos conflitam com certas tradições religiosas e culturais africanas.

O desafio colocado para os Estados africanos é, sobretudo, a criação de uma jurisprudência própria que, antes de mais nada, descolonize a aplicação de direitos no continente. Como já se disse, muito do direito costumeiro existente em África sofreu a intervenção colonial e sua aplicação irrestrita seria a corroboração da crença de uma tradição imutável que prejudicaria a aquisição de direitos por outros

grupos. A África do Sul tem se destacado na tarefa de compatibilizar esse conflito entre o local e o global.

Um bom exemplo esteve na tentativa de reformulação do direito de posse e aprovação da Lei sobre a Associação de Propriedade Comunitária. Conforme notícia Heinz Klug (2004: 135-160), na atual Constituição, há o reconhecimento ao mesmo nível, dos direitos de propriedade, do direito consuetudinário, das autoridades tradicionais, tal como a propriedade comunal, e a igualdade entre os sexos. Dessa forma, do mesmo modo que a carta constitucional reconhece o estatuto de igualdade entre o direito indígena e o direito anglo-saxônico, paralelamente, também ocorreu a subjugação a valores mais gerais, como a igualdade entre sexos.

Ocorre que o processo de reforma do direito de posse opôs as autoridades tradicionais, ancoradas no conceito de preservação do direito costumeiro, da “tradição”, e o movimento de mulheres, na reivindicação da igualdade entre sexos. De tal modo que, a ação do governo na reforma do direito de posse foi no sentido de desarticular as regras legais consuetudinárias das suas amarras coloniais. O legado do sistema de administração indireta sobre a posse da terra resultou na criação de um modelo administrativo consuetudinário através do qual pequenos lotes de terra eram atribuídos por ato administrativo oficial de competência das autoridades tradicionais. A descolonização da posse da terra nesse caso foi recusar os argumentos de que a competência das autoridades tradicionais como direito costumeiro, “tradição”, deviam ser respeitados e, assim, fazer prevalecer a igualdade.

É na articulação entre o local, o nacional e global que a experiência africana poderá contribuir para repensar a atuação de Estado cujo intuito de manter a unidade é cada vez mais abalado por demandas de autonomia e interculturalidade, como tem acontecido com muitos países da América Latina.

7. Conclusão

Esse trabalho surge a partir da proposta de um re-pensar do papel do direito e do Estado nas sociedades contemporâneas. O primeiro objetivo foi desmistificar a pretensão universalista do direito que, de par com a ciência, ambiciona deter o papel de principal agente regulador e ordenador das sociedades. Nesse ponto arguí a natural diversidade dos meios de controle social no mundo, sendo a regulação hegemónica pelo direito estatal uma característica apenas das sociedades ocidentais. Na mesma direção, tentei demonstrar um natural pluralismo axiológico mesmo nas sociedades ocidentais que conduz a legalidade a diversos centros e mostra como é vão o objetivo liberal de alcançar um valor universal que submeta todos os demais.

Essa conclusão levou-me necessariamente a questionar a propaganda ocidental de conversão do mundo em um ethos jurídico e apresentação do direito como um estágio avançado do desenvolvimento da humano, o que coloca um pedra no sapato da pretensão de universalização do direitos humanos. Nesse ponto, para além da apresentação dos direitos humanos como particularidade das lutas e processos históricos que ocorreram tão só no ocidente, meu eixo principal de argumentação é desvendar a exclusão e desigualdade por trás dos intuitos de um constitucionalismo global, isso porque, o que se tem, nesse caso, é a sustentação de um universalismo da igualdade que naturaliza as diferenças e legitima a existência de hierarquias e a exclusão.

Todos esses argumentos vêm corroborar a ideia de que a ambição universalista do direito promove um juricídio de outras formas de reprodução do poder e do conhecimento existentes na sociedade e, desta feita, encobre práticas que poderiam colaborar para repensar os problemas que fazem tremer as bases de sustentação do Estado-nação. Assim, por exemplo, o consenso dialógico e o comunitarismo como princípio de vida existente nas sociedades africanas tradicionais

são boas indicações de aperfeiçoamento para um sistema democrático que falha por excessivo formalismo e exclusão do outro.

Por fim, proponho a inversão do espelho: em vez de se olhar para África, Estado-nação falhado, devido a características tidas como próprias do continente, como a fragmentação social, tenciono que se veja, a partir da África, que o modelo do Estado-nação é crítico, foi construído a partir de uma homogeneidade artificial que ocultou as desigualdades e, por essa razão, hoje em dia, dá sinais de implosão com as demandas de reconhecimento e redistribuição social. Do mesmo modo, objetivei demonstrar que a gestão dos problemas do Estado-nação africano pode trazer exemplos para a gestão da crise do Estado-nação ocidental, o que é o caso da necessidade de articulação de princípios e demandas globais e nacionais com princípios e demandas locais.

¹ Em sua grelha conceitual, Santos explica a modernidade em três períodos: (a) capitalismo liberal; (b) capitalismo organizado; (c) capitalismo desorganizado. No primeiro período, vê-se que as promessas da modernidade são grandes demais para cumprir, no segundo período, realiza-se uma e não outras, no terceiro período, há uma afunilamento desse projeto cultural de forma a invisibilizar o fracasso da modernidade no cumprimento de suas promessas. (Santos, 2002a: 111-178).

² Para uma análise dos trabalhos da antropologia jurídica ver Moore, 2000: 181-256.

³ Deve-se lembrar que a teoria política europeia ao mesmo tempo em que afirmava o indivíduo e a sociedade civil tinha que lidar com o arranjo social e institucional corrente no absolutismo monárquico. Daí a preocupação dos estudiosos da época em propor uma engenharia constitucional que abarcasse os diversos estamentos existentes, uma constituição mista.

⁴ Até então, a tradição da teoria política demonstrava ser impossível alcançar a estabilidade por meio da limitação do poder em governos populares, desenvolvendo idéias como a de Montesquieu de que a democracia depende exclusivamente da virtude do povo, não sendo possível criar dentro desta forma de governo um mecanismo eficaz de separação de poder.

⁵ Nesse sentido, a primeira consideração do preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU avalia que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Referências bibliográficas

- AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed (2002), *Human rights under African constitutions: realizing the promise for ourselves*. Philadelphia: University of Pennsylvania.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. (1998), *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (2005), *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina.
- CHANOCK, Martin (1989), “Neither customary nor legal: african customary law in an era of family law reform”, *International journal of Law and the family*, 3.
- CHANOCK, Martin (2000), “‘Culture’ and human rights: orientalisin, occidentalisin and Authenticity”, in Mahmood Mandani (ed.), *Beyond Rights talk and culture talk: comparative essays on the politics of rights and culture*. Cape Town: David Philip Publishers.
- DENG, Francis M. (2004), “Human Rights in the African Context”, in Kwasi Wiredu (ed.), *A companion to African Philosophy*. Blackwell Publishing.
- GENTILI, Anna-Maria (2005), “Ethnicity and Citizenship in Sub Saharan Africa”, in Patrick Chabal *et al.* (eds.), *Is Violence Inevitable in Africa? Theories of Conflict and Approaches to Conflict Prevention*. Leiden/ Bóston: Brill, 35-54.
- HERBST, Jeffrey (1992), *States and power in Africa: comparative lessons in authority and control*. Princeton University Press.
- JOIREMAN, Sandra Fullerton (2001), “Inherited legal systems and rule of law”, *The Journal of Modern African Studies*, vol. 39, nº 4.
- KLUG, Heinz (2004), “Comunidade, propriedade e garantias na África do Sul rural: oportunidades emancipatórias ou estratégias de sobrevivência marginalizadas?”, in Boaventura de Sousa Santos (org.), *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Porto: Edições Afrontamento.
- MANDANI, Mahmood (1999), “The social basis of constitutionalism in Africa”, *The*

Journal of Modern African Studies, vol. 28, nº 3.

MASOLO, D. A. (2004), “Western and African communitarianism: a comparison”, in Kwasi Wiredu (ed.), *A companion to African Philosophy*. Blackwell Publishing.

MONTESQUIEU (2000), *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes.

MOORE, Sally Falk (2000), *Law as process: an antropological approach*. Hamburg: LIT.

QUIJANO, Aníbal (2005), “El “movimiento indígena” y las cuestiones pendientes en América Latina”, *Revista Tareas*, enero-abril, nº 119.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1989) *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2002a), *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2002b), “Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, 237-280.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2003), *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula; NUNES, João Arriscado (2004), “Introdução: para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo”, in Boaventura Sousa Santos (org.), *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1979), “O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica”, in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1999), “A construção multicultural da igualdade e da Diferença”, *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, nº 135.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), “Para uma sociologia das ausências e das emergências”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 63.

SINHA, Suria Prakash (1995), “Legal Policentricity”, in Hanne Petersen; Henrik Zahle; Hanne Peterson (eds.), *Legal polycentricity: consequences of pluralism in law*. Dartmouth Publishing.

TIE, Warwick (1999), *Legal pluralism: toward a multicultural conception of law*. Ashgate/Dartmouth.

WAMALA, Edward (2004), “An analysis of a traditional form of democracy”, in Kwasi Wiredu (ed.), *A companion to African Philosophy*. Blackwell Publishing.